



ระบบนิติธรรมภายใต้บริบททางการเมือง ที่ขาดเสถียรภาพ*

เทิดสยาม บุญยะเสนา**

“ภายใต้กรอบของรัฐบาล ... ความยากที่สุดอยู่ตรงประเด็นที่ว่า ประการแรกต้องทำให้รัฐบาลสามารถควบคุมพลเมืองของตนและขั้นตอนต่อไปคือรัฐบาลมีพันธกรณีในเรื่องที่ต้องควบคุมตนเองด้วย”

เจมส์ เมดิสัน

The Federalist No. 51

บทคัดย่อ

รัฐมีหน้าที่ที่สำคัญคือการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในรัฐแต่ในขณะเดียวกันก็มีหน้าที่เคารพและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน จึงเป็นเรื่องที่น่าสนใจว่าในกรณีที่รัฐไม่สามารถดำเนินการกิจการของรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพเนื่องจากปัญหาความรุนแรงหรือความขัดแย้งทางการเมือง จนทำให้รัฐขาดเสถียรภาพทางการเมืองในการทำหน้าที่ของรัฐนั้น แนวความคิดที่ถูกอ้างอิงมากที่สุดเรื่องหนึ่งคือแนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยในสถานการณ์ฉุกเฉินของคาร์ล ชมิทท์ (Carl Schmitt) ที่มีความเห็นว่า ความอยู่รอดของรัฐเป็นเรื่องสำคัญที่สุด ดังนั้นเรื่องของกฎหมายต้องระงับไว้ก่อนได้ องค์อธิปัตย์คือผู้ทำการตัดสินใจในสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยความหมายดังกล่าวหมายถึงองค์อธิปัตย์คือผู้ที่ตัดสินใจว่ามีสถานการณ์ฉุกเฉินร้ายแรงและตัดสินใจว่าต้องทำอะไรบ้างเพื่อระงับสถานการณ์ฉุกเฉินร้ายแรงดังกล่าวและอำนาจในการตัดสินใจดังกล่าวย่อมไม่มีขีดจำกัด

* ผู้เขียนขอขอบคุณ ผศ.ดร.จันทจิรา เอี่ยมมยุรา ที่ช่วยกรุณาแก้ไขเพิ่มเติมข้อบกพร่องในบทความนี้

** นด., นม. (กฎหมายระหว่างประเทศ), รม. (ปกครอง) (มธ), นบ. (มร.), บธ.บ. (การจัดการ), ทล.บ. (มสธ), รปบ.ตร. (ร.ร.นรต.)

แนวความคิดของซมิทท์ได้ถูกนำมาใช้ในทางปฏิบัติโดยรัฐต่าง ๆ จำนวนมาก โดยอ้างกรอบเรื่องความมั่นคงอยู่เหนือเรื่องอื่น แม้แต่เรื่องระบบนิติธรรม (Rule of Law) ซึ่งเป็นพื้นฐานของที่สำคัญของกระบวนการสร้างประชาธิปไตยและหลักการที่สำคัญที่ต้องการให้ผู้ปกครองอยู่ภายใต้กฎหมายและเป็นสังคมที่มีกฎเกณฑ์และมีเสถียรภาพเพื่อให้ประชาชนสามารถอยู่ร่วมกันได้ หากในสถานการณ์ฉุกเฉินแล้วรัฐสามารถใช้อำนาจโดยไม่จำกัดแล้วย่อมสร้างปัญหาให้เกิดขึ้นกับการทำหน้าที่ของรัฐเอง เพราะปัญหาพื้นฐานที่อาจเกิดความขัดแย้งหรือความรุนแรงทางการเมืองอาจเกิดขึ้นได้อีก เพราะหลักนิติธรรมมีหลักการที่สำคัญเกี่ยวกับหลักความชอบธรรมด้วยกฎหมายและรัฐบาลเป็นรัฐบาลที่อยู่ภายใต้กฎหมาย อันจะเป็นเครื่องป้องกันความขัดแย้งหรือความรุนแรงที่จะเกิดขึ้น นอกจากนี้แล้วในกระบวนการทำให้เป็นประชาธิปไตยที่ต้องการให้พลเมืองได้มีส่วนร่วมในการปกครองก็ต้องอาศัยหลักนิติธรรมในการดำเนินการเพื่อให้เกิดความยอมรับทั้งภายในและภายนอก รัฐระบบนิติธรรมจึงมีความสำคัญอย่างยิ่งไม่ว่าจะระงับหรือดำเนินการอย่างใด ๆ โดยไม่คำนึงถึงระบบนิติธรรมได้แม้ว่ารัฐจะอยู่ในสถานการณ์ที่ใดก็ตาม

Abstract

Important duties of states include, not only maintaining peace within the state, but also respecting and protecting the human rights of its citizens. Problems arise if the state is unable to perform its necessary functions with efficiency because of political conflict or violence affecting the stability of government. The concept of sovereignty in public emergency was referred to by Carl Schmitt (1920) in his words “the state remains, whereas law recedes”. Schmitt famously stated that “sovereign is he who decides on the exception”. This means that the sovereign decides whether there is an extreme emergency as well as what must be done to eliminate it.

This concept of sovereignty has been used in practice by many states in claiming that security issues override all others. This even includes the rule of law which is the foundation of a democratic society, involving key principles for state-under-law, and ensuring a society with rules and stability, in which people are able to coexist peacefully. If the state can exercise unlimited power in an emergency situation, it can cause problems for duties of state. This is due to the likelihood that unattended basic problems may lead to a reoccurrence of conflict and political violence. The rule of law is the portentous principle of legitimacy for a government in preventing such conflict and violence. Democratization requires the participation



of its citizens under an administration where the rule of law is implemented in order to be accepted from both inside and outside of the state. As a result, the rule of law is inevitable. A state cannot legitimately suspend rights or implement regulations regardless of the rule of law in any situation.

1. บทนำ

“ระบบนิติธรรม” (Rule of Law) เป็นแนวความคิดที่ถูกกล่าวถึงมากที่สุดเรื่องหนึ่งในการปกครองระบอบประชาธิปไตยและเป็นที่คาดหวังเมื่อมีปัญหาในทางการเมืองการปกครองแล้ว ระบบนิติธรรมจะมีส่วนช่วยแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นได้ ระบบนิติธรรมมีวัตถุประสงค์หลายประการ แต่โดยพื้นฐานแล้วมีวัตถุประสงค์เพื่อให้สังคมมีหลักเกณฑ์ที่มีเสถียรภาพเพื่อให้ประชาชนอยู่ร่วมกันได้ ดังนั้นระบบนิติธรรมจึงถูกสร้างขึ้นมารับประกันความสงบเรียบร้อยและการดำรงอยู่ของสังคม ระบบนิติธรรมมีผลโดยตรงต่อประชาชนทั้งหมดในสังคมนั้นที่ต้องปฏิบัติตามและเคารพกฎหมายภายในสังคม และนอกจากนี้แล้วระบบนิติธรรมยังมีผลต่อรัฐบาลที่ต้องการให้ปกครองสอดคล้องกับหลักกฎหมายด้วย ประการต่อมาคือระบบนิติธรรมเป็นระบบที่มีวัตถุประสงค์ในการปกป้องเสรีภาพของปัจเจกบุคคลจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจโดยหลายวิธีการ เช่น การใช้หลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักแบ่งแยกอำนาจ หลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และการรับรองสิทธิทั้งหลายของพลเมือง ในแง่นี้แล้วระบบนิติธรรมเป็นระบบที่ส่งเสริมกระบวนการยุติธรรมให้สามารถปกป้องสิทธิของปัจเจกบุคคลได้อย่างเหมาะสม¹ ฮวน ซี โบทีโร (Juan C. Botero) และ อเลจานโด โพนซ์ (Alejandro Ponce) ได้เสนอถึงปัจจัยในการวัดระบบนิติธรรมไว้ถึง 9 ประการ กล่าวคือ

- (1) รัฐบาลที่มีอำนาจจำกัด
- (2) การปราศจากประพฤติดุจริต
- (3) ความสงบเรียบร้อยของสังคม
- (4) สิทธิขั้นพื้นฐาน
- (5) รัฐบาลที่โปร่งใส
- (6) ประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย
- (7) การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม
- (8) ประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และ
- (9) กระบวนการยุติธรรมอย่างไม่เป็นทางการ²

ในบทความนี้จึงมุ่งศึกษาปัญหาการใช้ระบบนิติธรรมที่สำคัญว่าภายใต้ความขัดแย้งหรือการเมืองที่ขาดเสถียรภาพ กระบวนการและสถาบันต่าง ๆ ทางการเมืองประสบปัญหาในการปฏิบัติหน้าที่ของตนเอง สมควรที่จะระงับการใช้ระบบนิติธรรมหรือว่าระบบนิติธรรมยังคงจำเป็นอยู่ใน

¹Geranne Lautenbach, *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2013), pp. 21 – 22.

²Andrej Zwitter, “The Rule of Law in Times of Crisis - A Legal Theory on the State of Emergency in the Liberal Democracy,” in University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series, Retrieved October5, 2016 from<http://ssrn.com/abstract=2369335>



ช่วงเวลาดังกล่าวแม้จะเป็นในช่วงระยะที่เกิดความขัดแย้งภายในรัฐหรือเกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นก็ตาม

2. ลักษณะสำคัญของระบบนิติธรรม

แม้ว่าแนวความคิดเรื่องนิติธรรมนี้ถือเป็นเรื่องที่มีความซับซ้อนและได้รับการโต้แย้งเป็นอย่างมาก มีการให้ความหมาย วัตถุประสงค์ วิธีการและการส่งเสริมระบบนิติธรรมอย่างชัดเจนของนักการเมือง นักการทูต ผู้ปฏิบัติงานและนักวิชาการ ซึ่งอาจมีการให้ความหมายและวัตถุประสงค์ที่ต่างกันไปบ้างในทางปฏิบัติ³ แนวความคิดในเรื่องระบบนิติธรรมนั้นเป็นแนวความคิดทางการเมืองและแนวความคิดทางนิติศาสตร์ของประเทศตะวันตกซึ่งมีการใช้คำที่ต่างกันไปในแต่ละประเทศ เช่นในประเทศเยอรมันเรียกว่า “Rechtsstaat”⁴ ในฝรั่งเศสเรียกว่า “Etat de droit” ในอิตาลีเรียกว่า “Stato di diritto” และในสเปนเรียกว่า “Estado de derecho” ซึ่งมีสาระสำคัญทั้งร่วมกันและต่างกันไป แต่ลักษณะสำคัญของระบบนิติธรรมที่เป็นที่ยอมรับกันมี 3 ประการ⁵ ดังนี้คือ

รัฐบาลที่อยู่ภายใต้กฎหมาย

คำกล่าวที่ว่า “รัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐอยู่ภายใต้กฎหมาย” เป็นหลักการอย่างกว้างที่ได้รับการยอมรับมาไม่น้อยกว่าสองพันปีแล้ว โดยลักษณะของการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ต้องปฏิบัติงานภายใต้กรอบของกฎหมายอาจพิจารณาได้ 2 ลักษณะ ประการแรกคือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องปฏิบัติงานภายใต้กฎหมายที่บังคับใช้ในขณะนั้น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายจะกระทำได้ตามขั้นตอนกระบวนการที่กฎหมายกำหนดไว้แต่ถ้ายังไม่มีเปลี่ยนแปลงแก้ไข เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายนั้น ประการที่สองแม้ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องการเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายก็จะไม่สามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ตามความต้องการของตนแต่ต้องเป็นไปตามกระบวนการนิติบัญญัติแนวความคิดนี้เป็นไปตามคำกล่าวที่ว่า “รัฐบาลอยู่ภายใต้กฎหมายไม่ใช่ภายใต้บุคคล” (government of law, not of men) ซึ่งต่อมากลายเป็นแนวความคิดเรื่องการปกครองในระบอบประชาธิปไตยภายใต้กฎหมาย⁶

³Jørgen Møller and Svend-Erik Skaaning, *The Rule of Law: Definitions, Measures, Patterns and Causes* (New York: Macmillan, 2014), p. 14.

⁴วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ระบบนิติรัฐและนิติธรรม” Retrieved October 6, 2016 from <http://www.publaw.net/publaw/view.aspx?id=1431>.

⁵Brian Z. Tamanaha, *On The Rule of Law History, Politics, Theory* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), p.114.

⁶Christopher J. Peters, *A Matter of Dispute Morality, Democracy, and Law* (Oxford: Oxford University Press, 2011), p.1.

หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Formal legality)

ระบบนิติธรรมเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับสาธารณชน กฎหมายที่บัญญัติไว้ก่อนล่วงหน้าที่ใช้โดยทั่วไปและมีการบังคับใช้อย่างเท่าเทียมกัน โดยการใช้กระบวนการทางกฎหมายอย่างเป็นทางการเน้นย้ำถึงการสร้างระเบียบกฎหมายและการรักษากฎเกณฑ์เหล่านี้ไว้โดยรัฐ กระบวนการพิจารณาคดีที่ดำเนินการโดยสถาบันทางกฎหมายของรัฐจะต้องสอดคล้องกับกระบวนการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม หลักการในข้อนี้หากไม่ได้รับการปฏิบัติแล้วอาจทำให้พลเมืองไม่อาจทราบได้ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะดำเนินการอย่างไรกับการกระทำหรือความประพฤติของตนเอง และทำให้เกิดความรู้สึกไม่มั่นคงปลอดภัย หลักความชอบด้วยกฎหมายจึงเป็นหลักการที่รับรองให้ดำเนินการได้ทราบเท่าที่การดำเนินการอย่างนั้นได้มีกฎหมายกำหนดไว้แล้ว เพื่อป้องกันมิให้รัฐใช้อำนาจโดยเผด็จการ⁷

ระบบของกฎหมายมิใช่ของบุคคล (Rule of law, not men)

ปัญหาของการปกครองโดยคนคนเดียวหรือกลุ่มคณะบุคคลที่มีมาโดยตลอดตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน คือ กฎหมายเป็นเหตุผลแต่คนอาจลุ่มหลง กฎหมายเป็นเรื่องที่ห้ามเลือกปฏิบัติ แต่บุคคลอาจจะมีเจตนาใช้อำนาจตามอำเภอใจการป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจนี้เป็นส่วนที่สำคัญยิ่งสำหรับระบบนิติธรรม⁸ กฎหมายเป็นเรื่องถาวรวิสัยแต่บุคคลเป็นเรื่องอัตวิสัย ฯลฯ การที่ต้องให้บุคคลอยู่ภายใต้กฎหมายนั้นเพราะบุคคลสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลาไม่ว่าจะเป็นผู้นำในรูปแบบของคนคนเดียว ผู้พิพากษา เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือพลเมืองธรรมดา อคติต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นกับมนุษย์จึงเป็นปัญหาในการอยู่ร่วมกัน แนวความคิดนี้เกิดจากอริสโตเติลผู้ซึ่งเห็นว่าการปกครองโดยกฎหมายดีกว่าการปกครองในรูปแบบอื่น ๆ

นอกจากนี้หลักการที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ กฎเกณฑ์ตามระบบนิติธรรมจะต้องสามารถเป็นแนวทางหรือกำหนดพฤติกรรมของมนุษย์ได้ ในแง่นี้แล้วระบบนิติธรรมเป็นเครื่องมือในการประกัน “เสรีภาพในการกระทำ” หรือ “เสรีภาพจากความกลัวในอำนาจรัฐ” ดังนั้นกฎหมายจึงเป็นเรื่องที่ต้องคาดหมายได้⁹ ระบบนิติธรรมได้รับการพัฒนามาหลายศตวรรษแล้วและไม่ใช่ว่าเพียงหลักในทางนิติศาสตร์แต่ถือว่าเป็นหลักในทางปกครองด้วย ระบบนิติธรรมยังได้รับการพัฒนาควบคู่กับหลักการอื่น ๆ เช่น หลักการแบ่งแยกอำนาจ ประชาธิปไตย ความยุติธรรม สิทธิมนุษยชน

⁷Courtney Taylor Hamara, “The Concept of the Rule of Law” in *Law, Liberty, and the Rule of Law*, Imer B. Flores and Kenneth E. Himma, eds. (New York: Springer, 2013), p. 19.

⁸Richard A. Epstein, *Design for Liberty: Private Property, Public Administration, And the Rule of Law* (London: Harvard University Press, 2011), pp.18 -20.

⁹Alfredo Narváez Medécigo, *Rule of Law and Fundamental Rights: Critical Comparative Analysis of Constitutional Review in the United States, Germany and Mexico* (New York: Springer International Publishing, 2016), p.17.



ความชอบธรรมและความโปร่งใสด้วย¹⁰ ระบบนิติธรรมไม่เพียงแต่มีความคาดหวังว่าจะทำให้การเมืองการปกครองภายในรัฐดีขึ้นเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการมีส่วนร่วมในการพัฒนาการในเรื่องอื่น ๆ ด้วย เช่นการแก้ไขปัญหาคอร์รัปชันหรือสิ่งแวดล้อม¹¹

3. ความสัมพันธ์ระหว่างระบบนิติธรรมกับการแก้ไขปัญหาคาความขัดแย้ง

ในมุมมองของความขัดแย้งที่เกิดขึ้นนั้น พื้นฐานของความขัดแย้งนั้นมักจะระบุถึงปัญหาเกี่ยวกับความไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้น ในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวทั้งในมิติที่ไม่ให้เกิดความขัดแย้งและการแก้ไขปัญหาคาความขัดแย้งจำเป็นต้องนำระบบนิติธรรมเข้ามาช่วยแก้ไขปัญหาคา ผู้ทรงคุณวุฒิทางนิติศาสตร์มักจะระบุถึงระบบนิติธรรมในแง่ของความชอบธรรมตามรูปแบบและวิธีการพิจารณาความตามกระบวนการนิติบัญญัติ แต่อย่างไรก็ตามมีผู้เห็นว่าระบบนิติธรรมมิใช่เพียงแค่เรื่องดังกล่าวเท่านั้น ยกตัวอย่างเช่น ลอน ฟูลเลอร์ (Lon Fuller) ระบุว่าเมื่อมีเงื่อนไขอีกหลายเรื่องเกี่ยวกับระบบนิติธรรม ซึ่งก่อให้เกิด “ศีลธรรมภายในของกฎหมาย” (internal morality of law) เมื่อผู้บัญญัติกฎหมายคำนึงถึงเงื่อนไขดังกล่าวก็จะทำให้สามารถบังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่หากไม่คำนึงถึงเรื่องดังกล่าวก็จะทำให้เกิดอุปสรรคในการบังคับใช้กฎหมาย กฎเกณฑ์ที่ใช้ต้องมีลักษณะเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ประกาศให้ทราบโดยทั่วกันมิใช่เพียงคำสั่งชั่วคราวเท่านั้นและต้องมีความชัดเจนเพียงพอที่จะกำหนดเป็นหลักให้ปฏิบัติตามได้อย่างมีประสิทธิภาพ เป็นที่คาดหมายได้อย่างปกติ และมีเสถียรภาพตามเหตุผลที่ควรจะเป็นมากกว่าการเปลี่ยนแปลงไปเปลี่ยนมาและไม่ขัดแย้งในตัวเอง ยิ่งกว่านั้นผู้บังคับใช้กฎหมายจะต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร กระบวนการยุติธรรมจะต้องสะท้อนให้เห็นที่สาระสำคัญของกฎหมายที่ประกาศไว้แล้ว¹²

จะเห็นได้ว่าเงื่อนไขของระบบนิติธรรมนั้นมีอีกมากมายหลายประเด็น มิใช่เพียงให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎเกณฑ์เท่านั้น แต่ยังคงคำนึงถึงระดับของความแน่นอนและความมั่นคงที่ต้องมีการรับรองอย่างเป็นทางการต่อ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” และ “สภาพของปัจเจกบุคคล” ด้วย¹³ ในมุมมองของฟูลเลอร์นั้นความชอบธรรมตามรูปแบบนั้นเป็นเงื่อนไขความจำเป็นต่อกระบวนการนิติบัญญัติ แต่ในอีกด้านหนึ่งยังมีความต้องการทางศีลธรรมในการเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยเขามีความเห็นว่ามีคามจำเป็นหรือการเชื่อมโยงอย่างสำคัญระหว่าง “ศีลธรรม” กับ “กฎหมาย” หรือกฎหมายกับความยุติธรรม นอกจากนี้แล้วโจเซฟ ราฟ (Joseph Raz) ยังมีความเห็นว่า “หลักเกณฑ์ที่เป็นการทั่วไป มีความชัดเจนและคาดหมายได้ ฯลฯ เป็นหัวใจ

¹⁰Vesselin Popovski, *International Rule of Law and Professional Ethics* (London: Ashgate, 2014), p. 9.

¹¹Christina Voigt, *Rule of Law for Nature New Dimensions and Ideas in Environmental Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013).

¹²T. R. S. Allan, *The Rule of Law: Freedom, Law, and Justice* (Oxford: Oxford University Press, 1996), pp. 110 – 111

¹³*Ibid.*

ที่ขาดมิได้สำหรับกฎหมายและระบบนิติธรรม” และระบบนิติธรรมครอบคลุมถึงกระบวนการนิติบัญญัติและการบังคับใช้กฎหมาย ดังนั้นการบัญญัติกฎหมายสมควรที่จะกระทำโดยเปิดเผยและเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปที่มีเสถียรภาพ¹⁴

เมื่อพิจารณาในมุมมองทางปรัชญาแล้ว ระบบนิติธรรมเป็นผลจากความคิดกฎหมายธรรมชาติสมัยใหม่และในสมัยโบราณโดยสำนักกฎหมายธรรมชาติยืนยันว่าอำนาจตามกฎหมายไม่ได้เกิดขึ้นจากอำนาจใด ๆ ของผู้ปกครองในทางการเมือง แต่เกิดจากป่อเกิดที่สูงกว่าไม่ว่าจะเป็นในทางศาสนจักรหรืออาณาจักร ในแง่นี้จึงถือว่าระบบนิติธรรมมีผลต่ออำนาจรัฐที่ต้องการให้อำนาจที่มีอยู่มีความชอบธรรมและมีการใช้อำนาจโดยสอดคล้องกับกฎหมาย คำว่า “การใช้อำนาจโดยสอดคล้องกับกฎหมาย” นั้นหมายถึงทั้งสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ตามกฎหมายและบางสิ่งที่อยู่เหนือรูปแบบกฎหมายที่เป็นทางการ และเป็นที่มาของแนวความคิดเรื่องความชอบธรรมและการปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ¹⁵ การวิพากษ์วิจารณ์ต่อรัฐบาลเผด็จการนั้นมีใช้เกิดขึ้นแค่ในปัจจุบันแต่มีมาอย่างยาวนาน ยกตัวอย่างเช่น แมคเคย์วิลลี โบแดง ฮ็อบส์และรุสโซ ความเห็นที่ได้รับการกล่าวถึงมากที่สุดเรื่องหนึ่งเกี่ยวกับรัฐบาลเผด็จการหรือทรราชคือ “ในรัฐบาลเผด็จการที่ผูกขาดอำนาจไว้เพียงฝ่ายเดียว จะไม่มีกฎหมาย ไม่มีกฎเกณฑ์การปกครองทุกอย่างมาจากความต้องการและเป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจไม่แน่นอน และหลักการสำคัญที่สุดของการปกครองโดยรัฐบาลเผด็จการก็คือความกลัว¹⁶ งานเขียนที่มีอิทธิพลภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ที่เกี่ยวข้องกับระบบนิติธรรมคืองานของแรดบรช์ (Radbruch) ที่อธิบายว่าแนวความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองเองโดยภาพรวมของทั้งหมดแล้วก็ไม่สามารถสร้างบทบัญญัติที่สมเหตุสมผลขึ้นมาได้ เพราะสำนักกฎหมายบ้านเมืองมีข้ออ้างเกี่ยวกับความสมเหตุสมผลเพียงว่าบทบัญญัตินั้นมีอำนาจเพียงพอที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัตินั้น แต่อำนาจเหล่านั้นเป็นเรื่องเพียงพื้นฐานสำหรับอำนาจบังคับที่ต้องทำ แต่ไม่เคยมีพื้นฐานเกี่ยวกับเรื่องที่ควรของพันธกรณีหรือสำหรับความสมเหตุสมผลทางกฎหมาย¹⁷

แนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องความยุติธรรมและระบบนิติธรรมเป็นเรื่องที่มีความจำเป็นในการสร้างสังคมที่มีความสงบเรียบร้อยโดยเฉพาะสังคมที่ยังมีปัญหาเกี่ยวกับเรื่องการจัดการความรู้ผลประโยชน์และอำนาจ เพราะหากสังคมยังไม่สามารถจัดการกับปัญหาทั้งสามประการดังกล่าวได้ก็จะทำให้สังคมวุ่นวายและไม่สามารถแก้ไขปัญหาสังคมใด ๆ ได้และอาจทำให้ปัญหารุนแรงมากขึ้นด้วย¹⁸ ระบบนิติธรรมยังมีส่วนช่วยพัฒนากระบวนการยุติธรรม¹⁹ และเชื่อมโยงระหว่างประชาชนไป

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Hilaire Barnett, *Constitutional & Administrative Law*, 10th ed. (London: Routledge, 2013), p. 66.

¹⁶ Blandine Kriegel, Marc A. LePainand and Jeffrey C. Cohen, *The State and the Rule of Law* (New Jersey: Princeton University Press, 1995), p. 17.

¹⁷ Brian H. Bix, “Radbruch’s Formula, Conceptual Analysis, and the Rule of Law,” in *Law, Liberty, and the Rule of Law*, eds. Imer B. Flores and Kenneth Einar Himma (New York: Springer, 2013), pp. 65 – 66.

¹⁸ Randy E. Barnett, *The Structure of Liberty: Justice and the Rule of Law*, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press (2014), pp. 325 – 326.



ยังกระบวนการยุติธรรมซึ่งในที่สุดแล้วจะเป็นข้อพิสูจน์ว่าไม่มีประโยชน์หากมีการรับรู้ว่าคุณค่าในฐานต่าง ๆ ไม่ได้เท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย ตัวอย่างเช่น ผู้ปกครองหรือผู้ถูกปกครองได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันในการพิจารณาคดีหรือในกรณีเดียวกันที่เกิดขึ้นก่อนหน้า การยอมรับของสังคมต่อระบบนิติธรรมและอำนาจตุลาการไม่ใช่เพียงแค่การยอมรับของคนจำนวนมากเท่านั้น แต่ยังรวมถึงชนชั้นนำหรือผู้ปกครองเองก็ต้องเคารพต่อกฎหมายอยู่ตลอดเวลา แต่ในบางกรณีจะเห็นได้ว่ามีการใช้อำนาจรัฐเพื่อสร้างความเข้มแข็งให้กับรัฐบาลมากกว่าจะสร้างเข้มแข็งให้กับระบบนิติธรรมซึ่งเป็นเครื่องทดสอบกระบวนการยุติธรรมว่าจะมีความเป็นอิสระจริงหรือไม่หรือว่าเป็นเพียงเครื่องมือของชนชั้นนำใหม่ โดยในระยะยาวระบบนิติธรรมและสันติภาพอาจถูกคุกคามเมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลได้รับอำนาจให้ใช้ดุลยพินิจได้อย่างกว้างขวาง²⁰ แต่ระบบนิติธรรมเป็นหลักการที่ทำให้การใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐนั้นต้องไม่เกินกว่าขอบเขตความจำเป็นของงานที่รับผิดชอบและอำนาจที่ใช้จะต้องมีขอบเขตตามวัตถุประสงค์ที่ถูกต้องตามหลักความชอบธรรมหรือความยุติธรรมตามธรรมชาติโดยมีข้อจำกัดที่สมเหตุสมผล การใช้อำนาจในกรณีนี้อาจเกิดปัญหาต้องวางอยู่บนวัตถุประสงค์แห่งความชอบธรรมทั้งในด้านเป้าหมายและวิธีการ²¹ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสังคมที่ผ่านความขัดแย้งหรือไม่มีเสถียรภาพนั้น ระบบนิติธรรมเป็นหลักสำคัญในการปฏิรูปตามกลไกของรัฐสมัยใหม่ตามรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมและรัฐธรรมนูญและเป็นเงื่อนไขที่จำเป็นในการสร้างสถาบันต่าง ๆ ที่เป็นกลไกของรัฐ²² โดยเฉพาะในรัฐที่มีปัญหาความความขัดแย้งหรือความรุนแรงทางการเมือง รวมไปถึงไม่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามกลไกของการปกครองในระบบประชาธิปไตยได้

4. สถานการณ์ฉุกเฉินกับการบริหารงานของรัฐบาล

แม้ว่าในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) หรือศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (The European Court of Human Rights; ECHR) จะไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับ “สถานการณ์ฉุกเฉินที่เป็นภัยคุกคามต่อการดำรงอยู่ของรัฐ” ก็ตาม แต่ในคดี *Lawless v Ireland* นั้นศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปมีความเห็นว่าสถานการณ์ฉุกเฉินสาธารณะนั้น

¹⁹ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, “หลักนิติธรรมกับการพัฒนากระบวนการยุติธรรมในสังคมไทย” Retrieved October 6, 2016 from <http://www.enlightened-jurists.com/page/132/A2>

²⁰ Padraig McAuliffe, *Transitional Justice and Rule of Law Reconstruction: A Contentious Relationship* (London: Routledge, 2013), p. 67.

²¹ T. R. S. Allan, “Freedom, Equality, Legality,” in *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*, eds. James R. Silkenat, James E. Hickey Jr. and Peter D. Barenboim (New York: Springer, 2014), p.160.

²² Matthias Köster and Gunnar Folke Schuppert, “Applying the Rule of Law to Contexts Beyond the State,” in *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*, eds. James R. Silkenat, James E. Hickey Jr. and Peter D. Barenboim (New York: Springer, 2014), p.78.

จะต้องเกี่ยวข้องกับพลเมืองทั้งหมดที่รัฐจะอ้างสถานการณ์ฉุกเฉินได้ โดยการแปลความหมายในเรื่องนี้ควรสอดคล้องกับการให้ความหมายตามลักษณะและจารีตประเพณี โดย “เวลาในช่วงสถานการณ์ฉุกเฉิน” คือ สถานการณ์ที่ไม่ปกติของวิถีการดำรงอยู่หรือสถานการณ์ฉุกเฉินซึ่งกระทบต่อประชาชนทั้งหมดและก่อให้เกิดภัยคุกคามต่อการดำรงอยู่ของชุมชน และต่อมาในคดี *Greek Case* ศาลได้ปฏิเสธการอ้างสถานการณ์ฉุกเฉินของกรีกโดยเน้นว่าสถานการณ์ฉุกเฉินจะต้องเป็นสถานการณ์ที่เกิดขึ้นจริงหรือเป็นภัยที่ใกล้จะถึง ดังนั้นโดยสรุปแล้วสถานการณ์ฉุกเฉินจึงจะต้องประกอบไปด้วยลักษณะสำคัญ 4 ประการ คือ

- (1) ต้องเป็นสถานการณ์ที่เกิดขึ้นจริงหรือเป็นภัยที่ใกล้จะถึง
- (2) มีผลกระทบต่อรัฐทั้งรัฐ
- (3) มีภัยคุกคามต่อองค์กรของชุมชน
- (4) ยืนยันหรือวิถีการดำรงอยู่ที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นสถานการณ์พิเศษที่ไม่สามารถใช้มาตรการตามปกติได้²³

นอกจากนี้แล้วเงื่อนไขที่ควรพิจารณาเกี่ยวกับการใช้สถานการณ์ฉุกเฉินคือเรื่อง (1) สถานการณ์ฉุกเฉินนั้นเป็นภัยต่อการดำรงอยู่ของรัฐ โดยต้องระบุว่าอะไรคือสถานการณ์ฉุกเฉินที่เป็นภัยต่อการดำรงอยู่ของรัฐและมีการประกาศอย่างเป็นทางการ (2) มีความจำเป็น (3) ไม่มีการเลือกปฏิบัติ (4) ยอมรับพันธกรณีระหว่างประเทศอื่น (5) มีสิทธิบางประการที่ไม่สามารถลดทอนได้ตามหลักกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*Jus Cogens*) และ (6) แจ้งให้ประชาคมระหว่างประเทศทราบ²⁴ โดยตัวอย่างของสิทธิบางประการที่อาจถูกระงับหรือลดทอนได้โดยชอบด้วยหมาย เช่น ข้อจำกัดเกี่ยวกับเสรีภาพของสื่อมวลชนและข้อห้ามเกี่ยวกับการประชุมสาธารณะ การจัดกำลังทางทหารภายในรัฐ การอพยพพลเมืองจากบ้านหรือที่ทำงาน การตรวจค้นโดยไม่มีหมายหรือการจับกุมโดยไม่มีการตั้งข้อกล่าวหา การยึดทรัพย์สิน ฯลฯ²⁵ แต่การกระทำดังกล่าวต้องสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ด้วย ส่วนสิทธิมนุษยชนที่ไม่อาจลดทอนได้ไม่ว่าภายใต้สถานการณ์ใดก็ตามได้แก่ สิทธิในการมีชีวิตอยู่ ข้อห้ามเกี่ยวกับการทรมาน การห้ามเอาคนลงเป็นทาส เสรีภาพจากกฎหมายที่มีอยู่ก่อนและสิทธิที่ได้รับการรับรองตามกระบวนการยุติธรรม เสรีภาพทางความคิดและความเชื่อทางศาสนา เป็นต้น²⁶ ดังนั้นรัฐจึงควรเคารพต่อหลักกฎหมายทั้งการเริ่มต้นประกาศ

²³Christopher Michaelsen, “Permanent Legal Emergencies and the Derogation Clause in International Human Rights Treaties: A Contradiction?,” in *Post 9/11 and the State of Permanent Legal Emergency*, ed. Aniceto Masferrer (New York: Springer, 2012), pp. 292 – 293.

²⁴Olivier De Schutter, *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), pp. 513 – 560.

²⁵Geneva Center for the Democratic Control of Armed Forces, “State of Emergency,” Retrieved 1 March, 2017 from https://www.files.ethz.ch/isn/14131/background_02_states_emergency.pdf

²⁶United Nations. Office of the High Commissioner for Human Rights, *Human Rights In The Administration Of Justice: A Manual On Human Rights For Judges, Prosecutors and Lawyers* Retrieved 1 March, 2017 from <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training9chapter16en.pdf>



สถานการณ์ฉุกเฉิน (*jus ad tumultum*)²⁷ และเคารพต่อมาตรการที่นำมาใช้ตามคำประกาศนั้น (*jus in tumultu*)²⁸

ประเด็นสำคัญที่เกี่ยวกับสถานการณ์ฉุกเฉินหรือสถานการณ์ที่ไม่ปกติคือ **“รัฐจะอย่างไรที่จะรักษาหลักความชอบด้วยกฎหมายไว้ได้ในสถานการณ์ฉุกเฉินหรือในสถานการณ์ที่ไม่ปกติ และรัฐจะดำรงรักษาระบบนิติธรรมรวมไปถึงหลักการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยไว้ได้หรือไม่”** ซึ่งวิกเตอร์ วี รัมราจ (Victor V. Ramraj) ได้วิเคราะห์ไว้ 2 ประการ คือ ประการแรกเกี่ยวกับการใช้อำนาจของรัฐบาลในสถานการณ์ฉุกเฉิน เช่น การคุมขังไว้เพื่อป้องกันเหตุ การทรมาน ฯลฯ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจที่มีผลต่อสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เสรีภาพของพลเมืองและสิทธิมนุษยชน ซึ่งทำให้เกิดข้อโต้แย้งตามมาที่ทำให้ยากแก่การพิจารณาว่าสิทธิเหล่านี้สามารถแลกเปลี่ยนกับเรื่องประสิทธิภาพหรือเรื่องความมั่นคงของรัฐได้จริงหรือไม่ ทำให้สถาบันหรือหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมต้องดำเนินการในเงื่อนไขของสถานการณ์ฉุกเฉินแต่หน่วยงานเหล่านี้ก็ต้องปฏิบัติตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย ในการปกครองระบอบประชาธิปไตย เช่น ศาล หรือองค์กรต่าง ๆ ในกระบวนการยุติธรรมได้กลายเป็นหน่วยงานที่มีบทบาทสำคัญในการตรวจสอบอำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินหรือมาตรการพิเศษต่าง ๆ โดยมีความเสี่ยงอย่างมากในการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหรือทำให้สามารถประพฤติดิชอบด้วยกฎหมายได้ รวมไปถึงประเด็นสำคัญที่ว่าจะตรวจสอบการใช้อำนาจนั้นอย่างไรภายใต้เงื่อนไขเรื่องความมั่นคงของชาติ

ประการที่สองคือข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพในการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน รวมไปถึงข้อโต้แย้งอื่น ๆ เกี่ยวกับเรื่องทั่วไปของการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน รัฐยังสามารถเผชิญสถานการณ์ร้ายแรงโดยยังเคารพหลักการความชอบด้วยกฎหมายได้หรือไม่ ในเรื่องนี้คาร์ล ชมิทท์ (Carl Schmitt)²⁹ ได้เสนอว่าในยามวิกฤตินั้น **“ความอยู่รอดของรัฐเป็นเรื่องสำคัญที่สุด ดังนั้นเรื่องของกฎหมายต้องระงับไว้ก่อนได้”** (the state remains, whereas law recedes.) โดยในงานสองฉบับของเขาคือเรื่อง “On Dictatorship” กับเรื่อง “Political Theology” ในยุคทศวรรษที่ 1920 นั้นได้แสดงความเห็นเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างสถานการณ์ฉุกเฉินที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายว่าเป็นการหยุดใช้ระเบียบเกี่ยวข้องกับกฎหมายทั้งหมด³⁰ โดยชมิทท์ประกาศยืนยันว่าองค์อธิปัตย์คือผู้ทำการตัดสินใจในสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยความหมายดังกล่าวหมายถึงองค์อธิปัตย์คือผู้ที่ตัดสินใจว่ามีสถานการณ์ฉุกเฉินร้ายแรงและตัดสินใจว่าต้องทำอะไรบ้างเพื่อระงับสถานการณ์

²⁷โปรดดูเพิ่มเติมที่ Federico Zumpani, “International Law, War and Human Rights: The Humanitarian Response against the State of Emergency,” Retrieved 2 March, 2017 from <https://www.atiner.gr/papers/POL2013-0678.pdf>

²⁸Thomas Poole, “The Law of Emergency and Reason of State,” Retrieved 1 March, 2017 from <http://ssrn.com/abstract=287063>.

²⁹โปรดดูเพิ่มเติมที่ Michael G. Salter, *Carl Schmitt: Law as Politics, Ideology and Strategic Myth* (New York: Routledge, 2012)

³⁰Giorgio Agamben, *State of Exception*, translated by Kevin Attell (Chicago: The University of Chicago Press, 2005), p. 3.

ฉุกเฉินร้ายแรงดังกล่าวและอำนาจในการตัดสินใจดังกล่าวย่อมไม่มีขีดจำกัด และอำนาจอธิปไตยเกี่ยวกับการตัดสินใจในสถานการณ์ฉุกเฉินร้ายแรงดังกล่าวย่อมไม่สามารถตรวจสอบได้โดยใช้บรรทัดฐานตามปกติ³¹ และกรอบแนวความคิดของซมิทท์นี้รัฐหลายรัฐได้นำเอาไปปรับใช้ในอำนาจของตนโดยอ้างสถานการณ์ฉุกเฉินที่รัฐได้นำมาเกี่ยวข้องกับเรื่องความมั่นคงซึ่งกลายเป็นปัญหาที่กระทบต่อระบบนิติธรรมและหลักสิทธิมนุษยชนด้วย ตัวอย่างที่เห็นได้อย่างชัดเจนมากที่สุดคือการนำนโยบายประกาศสงครามต่อต้านการก่อการร้ายของสหรัฐอเมริกาภายหลังเหตุการณ์ 11 กันยายน ค.ศ. 2001³² ซึ่งกลายเป็นนโยบายที่กระทบต่อระบบนิติธรรมหลายประการ

แต่นักนิติศาสตร์หลายคนไม่เห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าวโดยยืนยันว่าแม้ในสถานการณ์ฉุกเฉินรัฐก็ยังสามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยคำนึงถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายได้ เกี่ยวกับสถานการณ์ฉุกเฉินกับเสรีภาพของประชาชนแม้ในยามสงครามนี้แนสเซอร์ ฮุสเซน (Nasser Hussain) ก็ไม่เห็นด้วยกับความคิดที่ว่าสถานการณ์ฉุกเฉินสามารถยกเว้นระบบนิติธรรมได้ เพราะในระบบกฎหมายทั้งหมดแล้วทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญที่อนุญาตให้ยกเว้นสิทธิได้ต้องเกี่ยวข้องกับการป้องกันชีวิต ยกตัวอย่างเช่นในกรณี “the German case of *Notrecht*”³³ ซึ่งเป็นแนวความคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจที่ให้ระงับสิทธิทางกฎหมายในกรณีที่ป้องกันชีวิต เราจึงไม่ควรด่วนสรุปว่าภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉินแล้วไม่สามารถใช้ระบบนิติธรรมได้ แต่ควรพิจารณาว่า สถานการณ์ฉุกเฉินนั้นเป็นสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในทันทีทันใดหรือเป็นข้อยกเว้นที่พยายามทำให้เกิดช่องว่างเกี่ยวกับสถานการณ์ที่อันตรายนอกเหนือจากกฎหมาย³⁴ ความเห็นของนักนิติศาสตร์ที่ไม่เห็นด้วยกับการยกเว้นระบบนิติธรรมในสถานการณ์ที่ไม่ปกตินั้นมีความเห็นไปในทางเดียวกันว่าหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับเหตุผลที่ชัดเจนว่าการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินตามรัฐธรรมนูญในการปกครองระบบประชาธิปไตยเป็นเรื่องที่ไม่อาจยอมรับได้ ถ้าวิกฤตการณ์นั้นยังสามารถแก้ไขได้ตามข้อกำหนดปกติที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ³⁵ นอกจากนี้แล้วยังมีความเห็นอื่น ๆ ที่ได้แย้งกับความเห็นของซมิทท์ ยกตัวอย่างเช่น ริชาร์ด โพสเนอร์ (Richard Posner) ยืนยันว่าเราไม่สามารถสร้างข้อยกเว้นทางศีลธรรมหรือทางกฎหมายได้แม้ว่าจะเป็นผู้ที่มีอำนาจใน

³¹ Evan J. Criddle and Evan Fox-D Decent, *Fiduciaries of Humanity: How International Law Constitutes* (Oxford: Oxford University Press, 2016), pp. 142 – 143.

³² Diana Gonçalves, *9/11: Culture, Catastrophe and the Critique of Singularity* (Berlin: Walter de Gruyter GmbH & Co, 2016), pp. 78 - 90.

³³ Costas Douzinas and Conor Grealy, *The Meanings of Rights: The Philosophy and Social Theory of Human Rights* (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), pp. 95 – 96

³⁴ Nasser Hussain, *The Jurisprudence of Emergency Colonialism and the Rule of Law* (Michigan: University of Michigan Press, 2003), p. 17 – 20.

³⁵ John E. Finn, *Constitutions in Crisis: Political Violence and the Rule of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1991), p. 38



สถานการณ์ฉุกเฉินก็ตาม วิลเลียม ซอยเออร์มานน์ (William Scheuermann) ก็เห็นว่า ระบบนิติธรรม ถูกออกแบบมาเพื่อให้อำนาจในช่วงเวลาที่เลวร้ายเหมือนกับในเวลาที่ดี³⁶ เป็นต้น

นอกจากนี้แล้วปัจจุบันระบบนิติธรรมยังมีปัญหาถูกท้าทายในหลายแง่มุม มิใช่แค่เรื่อง ความสมดุลระหว่างหลักการพื้นฐานของระบบนิติธรรมกับหน้าที่ของรัฐในการสร้างความมั่นคงและ ปลอดภัยให้กับพลเมืองของตนเท่านั้น แต่ยังรวมถึงเรื่องอื่น ๆ เช่น ปัญหาการก่อการร้ายว่าภัยคุกคามดังกล่าวมีอยู่จริงหรือเป็นเรื่องที่สร้างขึ้นเพื่อนำมาตรการต่าง ๆ มาใช้โดยฝ่าฝืนระบบนิติธรรม ตัวอย่างเช่น ในบางประเทศมีการควบคุมตัวได้ถึง 28 วันโดยปราศจากการตั้งข้อกล่าวหาหรือการ ดำเนินคดี³⁷

หัวหน้าผู้พิพากษาจอห์น มาเชลล์ (John Marshall) แห่งศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาได้เคย กล่าวในวันที่ 7 พฤษภาคม ค.ศ. 1800 ว่า “ประธานาธิบดีคือผู้แทนแต่เพียงผู้เดียวของรัฐเกี่ยวกับ ความสัมพันธ์ภายในและเป็นผู้แทนเพียงผู้เดียวเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของต่างชาติ” ตามหลักการ การใช้อำนาจโดยองค์กรเดียว (*Sole organ Doctrine*) แต่หลักการดังกล่าวถูกนำมาปรับอย่าง เข้าใจผิดในคดี *United States v. Curtiss-Wright Corp* (1936). ซึ่งทำให้เกิดข้อโต้แย้งต่าง ๆ ตามมามากมายแต่ในความจริงแล้วคดี *United States v. Curtiss-Wright Corp* นั้นเน้นใน ประเด็นเกี่ยวกับ “ผู้แทนของการใช้อำนาจ” แต่ไม่ได้หมายความว่ารวมไปถึงการให้อำนาจ ประธานาธิบดีอย่างไม่จำกัดแต่อย่างใด³⁸ ความเห็นเกี่ยวกับสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีผลต่อระบบนิติธรรม ที่มีการอ้างอิงถึงมากที่สุดอีกเรื่องหนึ่งคือความเห็นของคลินตันแอล. รอสสิเธอร์ (Clinton L. Rossiter) ในหนังสือเรื่อง “Constitutional Dictatorship” ซึ่งสรุปว่า “ไม่มีการเสียสละใดที่เกินไปกว่าการ เสียสละประชาธิปไตยของเราแม้จะเป็นการเสียสละส่วนหนึ่งส่วนใดของประชาธิปไตยเพียงชั่วคราว ก็ตาม” รอสสิเธอร์ยืนยันความเห็นที่ว่า “ผู้นำเผด็จการต้องการที่จะใช้สถานการณ์ฉุกเฉินให้ถูกต้อง ตามเขม็งจะดำเนินการตามผู้นำเผด็จการแบบโรมันที่มีอำนาจเต็มโดยชอบด้วยกฎหมายแต่เพียง ผู้เดียวในยามวิกฤติ และคืนอำนาจไปนยามที่เข้าสู่สภาวะปกติแล้ว” รอสสิเธอร์เสนอว่าข้อเท็จจริง พื้นฐานที่จะให้อำนาจในการบริหารแบบเผด็จการโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นต้องพิจารณาจาก ข้อเท็จจริงตามรัฐธรรมนูญของรัฐว่าโดยปกติรัฐธรรมนูญถูกออกแบบมาเพื่อใช้ในกรณีที่รัฐอยู่ใน สภาพสงบเรียบร้อยและไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับเรื่องภาวะวิกฤติไว้ ดังนั้นในกรณีที่เกิดสถานการณ์ ฉุกเฉินขึ้นรัฐบาลจะต้องใช้ทางเลือกชั่วคราวเพื่อ (1) พิจารณาระดับของความจำเป็นในการแก้ไข ภัยอันตรายและ (2) เพื่อแก้ไขให้คืนสู่สภาวะปกติ³⁹

³⁶Nomi Claire Lazar, *States of Emergency in Liberal Democracies* (New York: Cambridge University Press, 2009), p. 3.

³⁷Lisa Webleyand and Harriet Samuels, *Complete Public Law: Text, Cases, and Materials* (Oxford: Oxford University Press, 2012), p. 104.

³⁸Anthony A. Peacock, *Freedom and the Rule of Law* (New York: Lexington Books, 2010), p. 14, 206.

³⁹David Dyzenhaus, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), p.35

ข้อสังเกตเกี่ยวกับการเพิ่มอำนาจให้ฝ่ายบริหารฝ่ายเดียวเพื่อให้รัฐบาลสามารถดำรงอยู่ได้ โดยใช้อำนาจในลักษณะกวาดล้าง (sweeping powers) ซึ่งอ้างอิงมาจากการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินของประธานาธิบดีโคลัมเบียในช่วง ค.ศ. 1970 – 1991 ที่ประเทศอยู่ในสถานการณ์ฉุกเฉินถึงร้อยละ 82 ของเวลาทั้งหมด โดยแม้ว่าโคลัมเบียจะเป็นฐานยาเสพติดและสงครามกองโจร แต่ปัญหาของชาติที่แท้จริงคือการที่ประเทศตกอยู่ในสถานการณ์ฉุกเฉินตลอดเวลา ความทุกข์ทรมานจากความล้มเหลวอย่างยาวนานในการได้รับประโยชน์จากรัฐธรรมนูญและระบบนิติธรรมของสังคม⁴⁰ ไม่น่าจะสอดคล้องกับการใช้สถานการณ์ฉุกเฉินให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ เพราะกลายเป็นว่าเป็นการสร้างสถานการณ์ฉุกเฉินแบบถาวรแทนที่จะเป็นแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินให้คืนสู่สภาวะการณ์ปกติให้เร็วที่สุด

ตัวอย่างที่ชัดเจนเกี่ยวกับรูปแบบของการรักษาระบบกฎหมายทั่วไปในขณะที่รัฐมีปัญหาประสบสถานการณ์ฉุกเฉิน เช่น ในฝรั่งเศสใช้คำว่า “state of siege” ซึ่งเป็นกลไกการใช้อำนาจหมายลายลักษณ์อักษรสำหรับการแก้ไขปัญหาสถานการณ์วิกฤติ โดยแนวความคิดพื้นฐานเน้นย้ำในเรื่องที่ว่าสถานการณ์ฉุกเฉินสามารถจัดการได้โดยกฎหมายที่ได้ประกาศไว้ล่วงหน้าแล้ว โดยแมก โรดิน (Max Rodin) ได้ตั้งข้อสังเกตว่า จุดที่สำคัญที่สุดของ state of siege ไม่ใช่เงื่อนไขในการระงับใช้กฎหมายชั่วคราวได้ และไม่ใช้ที่จะให้ผู้ที่อยู่ในฐานะ “ผู้สั่งการ” ตัดสินเรื่องใดตามใจชอบ แต่ยังเน้นย้ำในเรื่องสถาบันตามกฎหมาย อำนาจตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายต่าง ๆ ยังคงบังคับใช้อยู่ต่อไปในฝรั่งเศสรวมถึงการจัดการอื่น ๆ ภายใต้อำนาจของกฎหมาย ส่วนในประเทศอังกฤษเป็นตัวอย่างของการใช้อำนาจการระงับใช้กฎหมายจารีตประเพณี แนวความคิดในเรื่อง “กฎอัยการศึก” โดยกฎอัยการศึกหมายถึงการการระงับใช้กฎหมายปกติและมีการปรับใช้กฎอัยการศึกในการจับกุมคุมขังหรือแม้กระทั่งการประหารชีวิต ซึ่งเป็นกระบวนการที่ใช้เมื่อมีเหตุที่ต้องระงับการปรับใช้กฎหมายทั่วไปโดยรัฐบาลชั่วคราวและมีการดำเนินคดีในศาลทหาร หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าเป็นการใช้อำนาจของรัฐบาลหรือพลเมืองในการรักษาความสงบเรียบร้อยสาธารณะ โดยเป็นบ่อเกิดของกฎหมายจารีตประเพณีในการให้อำนาจใช้กำลังจัดการกับปัญหาการใช้กำลัง โดยอำนาจดังกล่าวนี้เป็นอำนาจที่มีร่วมกันระหว่างรัฐบาลและพลเมือง ความจำเป็นของสถานการณ์จะต้องมีความจำเป็นต้องใช้มาตรการฉุกเฉิน แต่การใช้อำนาจเกินกว่าความจำเป็นหรือใช้อำนาจโดยบิดเบือนไม่ถือว่าเป็นความจำเป็นและถือว่าเป็นการผิดกฎหมายและจะต้องรับผิดชอบการกระทำของตนเอง และแม้ว่าการอนุญาตให้ใช้กฎอัยการศึกจะสามารถทำให้ใช้ทุกวิธีการที่จำเป็นสำหรับการหยุดยั้งความไม่สงบเรียบร้อยภายในรัฐ แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าอนุญาตให้มีการลงโทษผู้ที่กระทำความผิดหรือสร้างความไม่สงบเรียบร้อยนอกเหนือไปจากกระบวนการกฎหมายตามปกติ ดังนั้นกฎอัยการศึกจึงเป็นมาตรการป้องกันเหตุมากกว่าการลงโทษผู้กระทำความผิด⁴¹ ส่วนสถานการณ์

⁴⁰ Bruce P. Frohnen, George W. Carey, *Constitutional Morality and the Rise of Quasi-Law* (Harvard: Harvard University Press, 2016), p. 220.

⁴¹ Oren Gross and Fionnuala Ni Aolain, *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), pp. 26 – 32.



ฉุกเฉินสาธารณะ (public emergency) ตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น รัฐสามารถเลิกล้มไม่ปฏิบัติตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง อนุญาตให้รัฐใช้ความรุนแรงในการทำให้สถานการณ์สงบลงได้ภายในกรอบของสถานการณ์ฉุกเฉินสาธารณะตามความในวรรคหนึ่งของข้อ 4 ตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง กำหนดไว้ว่า

“ในภาวะฉุกเฉินสาธารณะซึ่งคุกคามความอยู่รอดของชาติและได้มีการประกาศนั้นอย่างเป็นการชั่วคราวแล้วรัฐภาคีแห่งกติกานี้อาจใช้มาตรการที่เป็นการละเมิดพันธกรณีของตนภายใต้กติกานี้ได้เพียงพอที่จำเป็นตามความฉุกเฉินของเหตุการณ์ทั้งนี้มาตรการเช่นนั้นจะต้องไม่ขัดแย้งต่อพันธกรณีอื่น ๆ ของตนภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติเพียงเหตุแห่งเชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนาหรือเผ่าพันธุ์ทางสังคม”

แต่กรณีดังกล่าวก็มีเงื่อนไขว่าการนำมามาตรการที่จะลดทอนสิทธิมนุษยชนในเรื่องใด ๆ ได้นั้นจะต้องเป็นกรณีที่เกิดขึ้นอย่างเคร่งครัดตามสถานการณ์วิกฤติที่เกิดขึ้นจริงโดยไม่เลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมและสอดคล้องกับสถานการณ์ฉุกเฉินสาธารณะนั้น⁴² และระบบนิติธรรมสามารถช่วยแก้ไขปัญหการยอมรับหรือไม่ยอมรับการกระทำของรัฐบาล ในกรณีที่มีสถานการณ์ฉุกเฉินที่รัฐบาลต้องประกาศใช้สถานการณ์ฉุกเฉินด้วย⁴³

5. กระบวนการทำให้เป็นประชาธิปไตยกับระบบนิติธรรม

ตลอดช่วงทศวรรษที่ 1990 ในภารกิจสร้างสันติภาพของสหประชาชาติจะเน้นไปที่กระบวนการทำให้เป็นประชาธิปไตย (democratization) ซึ่งถือว่าเป็นวิธีการที่ดีที่สุดวิธีการหนึ่งสำหรับรัฐที่เกิดความขัดแย้ง เจ้าหน้าที่ของสหประชาชาติเชื่อว่าการส่งเสริมประชาธิปไตยและการสร้างสันติภาพอย่างยั่งยืนจะเป็นการป้องกันและระงับปัญหาความขัดแย้งลงได้ทั้งภายในรัฐและระหว่างรัฐ และระบบนิติธรรมมีส่วนช่วยส่งเสริมโดยเฉพาะในเรื่องการรับประกันความเป็นอิสระของกระบวนการยุติธรรมนั้นเป็นเรื่องจำเป็นอย่างยิ่งต่อกระบวนการทำให้เป็นประชาธิปไตยในรัฐที่เกิดความขัดแย้ง⁴⁴ โดยภายหลังจากความขัดแย้งและการเยียวยาภายหลังจากความขัดแย้ง กระบวนการฟื้นฟูสันติภาพและความยุติธรรมเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้กับการฟื้นฟูระบบนิติธรรม ข้อพิสูจน์เกี่ยวกับความสำคัญของระบบนิติธรรมนั้นสามารถพิสูจน์ได้จากในประเทศชาดตะวันออก (Eastern Chad) ซึ่งเป็นประเทศที่มีการก่อความไม่สงบสูงทำให้กระทบต่อความเป็นอิสระและการทำหน้าที่ของกระบวนการยุติธรรม ผู้พิพากษาได้ขอเข้ามาอยู่เฉพาะในกรุงเอ็นจาเมนาเมืองหลวงของประเทศ ทำให้เกิดขาดแคลนผู้พิพากษาในท้องถิ่น ผู้บริหารท้องถิ่นจึงไม่มี

⁴²Evan J. Criddle, *Human Rights in Emergencies* (Cambridge: Cambridge University Press, 2016), p. 35.

⁴³Nick C. Sagos, *Emergency, and Arbitrary Coercion* (Boston: Brill, 2014), p. 46.

⁴⁴Florian Kunze, *The Influence of Established Rule of Law at the First Post-Conflict Elections on Success of Democratization Approaches on Civil War-Shattered States: A Quantitative-Qualitative Analysis*. (Englisch) Broschüre – 2006, pp. 2 - 4

ทางเลือกที่จะต้องใช้เจ้าหน้าที่ที่ขาดการฝึกอบรมและไม่สามารถรักษาขอบเขตระหว่างอำนาจในการบริหารและอำนาจในการตัดสินใจได้ และเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ทำหน้าที่เป็นพนักงานสอบสวนก็ไม่ได้รับการฝึกฝนและตอบสนองต่อกระบวนการยุติธรรมโดยทำหน้าที่คล้ายทหารมากกว่าตำรวจ⁴⁵ ผู้ทรงคุณวุฒิในทางการเมืองจำนวนมากที่มีมุมมองเกี่ยวกับกระบวนการทำให้เป็นประชาธิปไตยนั้น กระบวนการยุติธรรมที่ทำหน้าที่ตรวจสอบอย่างจริงจังต่อการใช้อำนาจบริหารและความสำคัญของระบบนิติธรรมนั้นเป็นศูนย์กลางของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย⁴⁶

ในกระบวนการสร้างประชาธิปไตยนั้นเป็นกระบวนการที่ซับซ้อน ใช้ระยะเวลาอย่างยาวนาน มีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลาและมีการแสดงเป้าหมายและคุณค่าร่วมกันแต่อาจใช้เวลายาวนานไม่เท่ากันและอาจมีวิธีการที่ไม่เหมือนกัน เพราะในบางกรณีสามารถเปลี่ยนรูปแบบการปกครองจากเผด็จการไปสู่ประชาธิปไตยได้อย่างรวดเร็ว ยกตัวอย่างเช่นประเทศอูรุกวัยภายหลังจากการปกครองด้วยเผด็จการทหาร หรืออาจจะต้องใช้ระยะเวลานานหรืออาจไม่สามารถคาดหมายระยะเวลาได้⁴⁷ ในการเรียนรู้เรื่อง “การทำให้เป็นประชาธิปไตยที่โดยทั่วไปแล้วควรประกอบไปด้วยเรื่องส่งเสริมในเรื่องเสรีภาพและการมีส่วนร่วมในการปกครองให้มากขึ้น⁴⁸ จึงไม่อาจจะระบุคุณค่าอื่น ๆ รวมทั้งระบบนิติธรรมที่ส่งเสริมกระบวนการประชาธิปไตยได้

6. สรุป

เมื่อรัฐและพลเมืองประสบปัญหาเกิดความขัดแย้งหรือความรุนแรงทางการเมืองที่ทำให้รัฐขาดเสถียรภาพทางการเมืองที่จะทำหน้าที่ของตนเองได้นั้น กระบวนการในการตัดสินใจบนทางเลือกที่เกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายนั้นอาจถือได้ว่ามีทางเลือก 3 ประการ กล่าวคือ ประการแรกรัฐสามารถใช้อำนาจโดยไม่จำกัดโดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงหลักกฎหมายแต่อย่างใดเนื่องจากต้องดำเนินการให้รัฐกลับสู่ภาวะปกติให้เร็วที่สุด ประการต่อมาคือรัฐยังคงต้องถือตามหลักกฎหมายอย่างเคร่งครัดโดยคำนึงถึงระบบนิติธรรมและสิทธิมนุษยชน และประการสุดท้ายคือรัฐยังคงสามารถใช้อำนาจของตนเองได้อย่างเต็มที่เพื่อให้เกิดภาวะสงบสุขแต่ยังมีข้อจำกัดบางประการเกี่ยวกับสิทธิที่ไม่สามารถลดทอนได้ ในแนวทางเลือกทั้งสามนั้นแม้จะดูเหมือนว่าแนวทางที่สามจะเป็นทางเลือกที่ดีที่สุดเพราะเป็นการสร้างดุลยภาพระหว่างการฟื้นฟูจากสภาพปัญหาของรัฐในขณะที่ยังเคารพต่อหลักกฎหมายและหลักสิทธิมนุษยชนอยู่แต่ในหลายกรณีปรากฏว่าเมื่อนำแนวคิดดังกล่าวมาสู่กรอบการปฏิบัติ รัฐก็ยังอ้างสถานการณ์ฉุกเฉินทั้งที่ไม่ได้เกิดสถานการณ์นั้นขึ้นจริงหรือสร้างเงื่อนไข

⁴⁵ UNDP, “The Rule of Law in Fragile and Post-Conflict Situations,” UNDP Global Programme on Strengthening the Rule of Law in Conflict and Post-Conflict Situations 2008 – 2011, p. 5.

⁴⁶ John Mceldowney, “Law,” in *Democratization through the Looking-Glass*, ed. Peter Burnell (Manchester: Manchester University Press, 2003), p. 113.

⁴⁷ Laurence Whitehead, *Democratization: Theory and Experience* (Oxford: Oxford University Press, 2002), p. 244.

⁴⁸ Georg Sorensen, *Democracy and Democratization*, 3rd ed. (Colorado: Westview Press, 2008), p. 16.



บางประการที่จะทำให้รัฐสามารถใช้อำนาจได้โดยไม่จำกัดและปราศจากการตรวจสอบซึ่งทำให้เกิดปัญหาตามมาโดยรัฐเองก็ไม่สามารถฟื้นฟูสถานการณ์ความขัดแย้งหรือไม่สามารถสร้างเสถียรภาพทางการเมืองขึ้นมาได้และในทางตรงกันข้ามอาจทำให้เกิดสภาวะการฉ้อโกงเงินอยู่ตลอดเวลา ซึ่งทำให้เกิดปัญหาต่อกระบวนการทำให้เป็นประชาธิปไตยอีกด้วย แต่หลักนิติธรรมมีเงื่อนไขที่สำคัญที่ไม่ทำให้เกิดความขัดแย้งเลวร้ายลงไปอีกหรือยืดเยื้อความขัดแย้งที่เกิดขึ้นอย่างน้อย 3 เรื่องที่สำคัญคือการปฏิบัติต่อทุกคนอย่างเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย การรับประกันว่ากระบวนการยุติธรรมมีอิสระในการดำเนินคดีโดยปราศจากการแทรกแซงจากฝ่ายบริหารและการมีส่วนร่วมทางการเมือง นอกจากนี้แล้วหลักนิติธรรมยังมีเงื่อนไขอื่น ๆ ที่มีผลต่อกระบวนการทำให้เป็นประชาธิปไตย ดังนั้นในแง่กรอบของกฎหมายและการกรอบการดำเนินการแล้วจึงไม่ควรมียกเว้นข้อจำกัดใด ๆ ต่อการนำระบบนิติธรรมไปปรับใช้ยกเว้นแต่ข้อจำกัดนั้นเป็นข้อจำกัดที่เกิดขึ้นเองโดยรัฐไม่สามารถควบคุมหรือป้องกันไว้ก่อนได้.